**Una República inmunodeprimida**

*Por Santiago M. Castro Videla(\*)*

El sistema inmunológico de la República Argentina está deprimido y como consecuencia del COVID-19 puede verse afectado gravemente uno de sus principales elementos: el principio de división de poderes y los mecanismos de control que la Constitución atribuye al Congreso y al Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo.

A raíz de la pandemia, en los últimos dos meses fuimos testigos y destinatarios de una gran cantidad de decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo, muchas de ellas por decretos de necesidad y urgencia (DNU), que con el objetivo de proteger la salud pública restringieron fuertemente nuestros derechos y libertades constitucionales más básicas.

Las libertades de circular y de reunirnos con fines sociales, culturales, religiosos, políticos o económicos; las de trabajar, ejercer toda industria lícita y comerciar; la libertad contractual y el derecho de propiedad privada y libertad económica, e incluso la libertad de entrar y salir del territorio argentino, fueron fuertemente restringidas y, en algunos casos, prácticamente suspendidas en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio impuesto.

Adicionalmente, el Poder Ejecutivo también se “auto delegó” facultades para poder manejar de manera discrecional el presupuesto, que según la Constitución debe ser fijado por el Congreso. No se limitó a modificarlo por vía de un DNU, sino que removió los límites que este le había fijado poco tiempo antes y que, además, habían sido reiterados en diciembre de 2019 al sancionarse la ley 27.541 de emergencia pública que delegó amplias facultades legislativas en el Poder Ejecutivo.

El presidente, en los poco más de sesenta días transcurridos desde el 12 de marzo pasado, dictó al menos 28 DNUs por los que se instrumentaron y prorrogaron sucesivamente esas medidas, cantidad equivalente a más de un tercio de los adoptados por Cristina Fernández de Kirchner en sus dos mandatos presidenciales y que supera el total de los dictados por Mauricio Macri en su último año de ejercicio de la presidencia.

Es cierto que situaciones como las que se produjeron en el país parecen ser aquellas para las cuales este tipo de instrumentos están pensados. Sobre todo para la adopción de las primeras medidas dispuestas ante la novedad de la pandemia, frente al desconocimiento que existía acerca de sus verdaderos alcances, el contexto internacional de entonces y la paralización del Congreso ante esa situación inicial. Pero no debemos olvidar que se trata de instrumentos excepcionales que deben ser utilizados cuando resulta imposible seguir el trámite de sanción de las leyes y que, en todo caso, tienen que ser tratados por sus Cámaras de modo expreso e inmediato (pues las circunstancias pueden cambiar) e interpretados restrictivamente por el Poder Judicial.

Sin embargo, lo descripto anteriormente ocurrió –y sigue ocurriendo– ante la mirada pasiva de un Congreso que tardó casi dos meses en realizar su primera sesión virtual, no sin antes “consultar” a la Corte Suprema si podía hacerlo, y de un Poder Judicial que en 60 días de feria “extraordinaria” no ha logrado todavía recobrar su funcionamiento regular, pese a que supermercados, comercios y ferreterías siguieron abiertos y funcionando como actividades esenciales, e incluso escuelas y universidades privadas -aun cuando sus actividades no fueron calificadas como tales- se adaptaron de inmediato a esa modalidad remota.

Todo ello no es casual. Nuestra República tiene comorbilidades o enfermedades preexistentes. Basta con repasar la historia clínica de los últimos 14 años -aunque se podría ir más lejos- para advertir que, como práctica institucional el Poder Ejecutivo ha dictado recurrentemente DNUs sin que se configuraran verdaderamente las circunstancias excepcionales -ni las graves razones- que los justifican según el texto de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Suprema y la mayoría de la doctrina especializada.

Práctica ésta que fue convalidada por el Congreso, que en todo ese tiempo no invalidó ni un solo DNU sometido a su control desde la reforma constitucional de 1994, cuya gran mayoría ni siquiera fue tratada por ambas Cámaras pese a una expresa exigencia constitucional y lo dispuesto por la ley 26.122. La Corte Suprema, por su parte, ha declarado la inconstitucionalidad de tales medidas en contados casos, muchas veces a destiempo, y casi siempre respecto a decisiones de poca trascendencia institucional, social o económica. Hay que reconocer, sin embargo, que estableció pautas restrictivas para su adopción e interpretación, pero estas no fueron aplicadas con suficiente vigor.

Además, el sistema estaba acostumbrado a otras “cepas” de “urgencia” y “emergencia”, que no siempre fueron tales, pero sí justificaron intensas restricciones adoptadas por el Poder Ejecutivo y fueron históricamente convalidadas por los otros dos poderes, naturalizándolas.

Una nueva prueba la hemos tenido ahora. En su sesión virtual el Senado y la Cámara de Diputados no tomaron las riendas del asunto, grave por cierto, ni buscaron adoptar desde el Congreso las medidas adecuadas a la luz del contexto actual para permitir que continuemos ejerciendo nuestros derechos y libertades bajo ciertas precauciones ordenadas a evitar contagios, proteger a los grupos de riesgo e insuflar oxígeno a la República en cumplimiento de su rol institucional.

Las Cámaras pudieron haber recurrido al mecanismo excepcional de la delegación legislativa con el objeto de fijar -en lo sucesivo- pautas y límites claros a las facultades de regulación del Poder Ejecutivo, restringiendo su discrecionalidad y dando herramientas concretas para el tan necesario control judicial. Pero no lo hicieron. Muy por el contrario, aquella estuvo exclusivamente ordenada a convalidar, al menos a través de una de sus Cámaras, la gran mayoría de los DNUs dictados por el Poder Ejecutivo. Nada más. Y nada menos.

Debemos ser conscientes de que el sistema institucional -pese a la reforma constitucional de 1994- no está respondiendo adecuadamente ante la peligrosa concentración de poder en el Presidente en el contexto de esta pandemia. No nos engañemos: esta inmunodepresión institucional de la República no tiene origen chino; está impregnada de realidad argentina y existe el riesgo cierto de que –ante la insuficiente acción de los Poderes Legislativo y Judicial– se terminen consolidando fuertes restricciones de derechos y libertades elementales, adoptadas sin debate público y participativo previo, ni representación de las minorías o siquiera de las Provincias.

Por ello, más allá de su contenido, cuya razonabilidad inicial parece hoy ser discutible (y será eventualmente evaluada por la justicia ante los casos donde así se lo exija), la forma por la que se instrumentaron esas medidas -y se siguen instrumentando luego de dos meses de dictada la primera- no nos debe dejar de preocupar. Sobre todo por el potencial daño que representa para el sistema institucional, el equilibrio de poderes y, en definitiva, para la libertad de los argentinos. Muchos de nosotros permanecemos impasibles como si fuéramos meros testigos y no verdaderos afectados. Sin embargo, es tiempo de que abandonemos la pasividad y aboguemos por que se aplique a la República la vacuna que tanto necesita, que en este caso existe y consiste en la aplicación irrestricta de la Constitución.

El Congreso debe asumir el rol que le cabe constitucionalmente para reglamentar razonablemente los derechos y libertades de los argentinos cuando ello es necesario, sin alterar su contenido esencial, además de ejercer con responsabilidad la función de control que la Constitución le atribuye para los casos en que excepcionalmente el Poder Ejecutivo puede ejercer facultades legislativas. En este sentido, una enfermedad subyacente está alojada en el régimen de la ley 26.122, que no impone un plazo expreso para que las Cámaras del Congreso se expidan en relación a los DNUs y que, además, exige el doble y expreso rechazo para que se vean privados de efecto, lo que debería ser objeto de una urgente modificación normativa.

Por lo demás, dado que actualmente ya sesiona de manera remota gracias a medios virtuales, en todo caso y de ser necesario, debería recurrir al mecanismo excepcional de la delegación legislativa para evitar el uso de los DNUs por parte del Poder Ejecutivo, otorgándole facultades limitadas que estén ordenadas a sobrellevar las consecuencias de la pandemia con un costo menor para el sistema republicano y los derechos y libertades constitucionales.

El Poder Judicial, por su parte, debe salir del letargo en el que se encuentra inmerso y empezar a realizar test más generalizados, no sólo ante casos muy extremos, limitados y con falsos negativos circunscritos a una feria judicial que lleva más tiempo que el que la justicia ha funcionado normalmente en 2020. Medidas excepcionales, más cuando importan graves restricciones a los derechos constitucionales, exigen un estándar de control más intenso y estricto por parte de los jueces, que son sus garantes últimos. La necesaria tutela judicial efectiva difícilmente pueda asegurarse a los ciudadanos si no cumple su función regularmente o lo hace de manera muy limitada.

El Poder Ejecutivo, en su caso, podría ejercer la iniciativa legislativa que le reconoce la Constitución y presentar proyectos de ley que busquen implementar las medidas que juzgue razonables para hacer frente a la pandemia en función del contexto actual. Los DNUs dictados inicialmente justificaron su procedencia en que “la dinámica de la pandemia” y su “impacto sobre la salud pública hacen imposible seguir el trámite para la sanción de las leyes” (cfr. DNU 297/2020). Pues bien, parecería que habiéndose dictado ya esas medidas excepcionales que, como el propio Poder Ejecutivo reconoció, permitieron achatar la curva de contagios y reducir drásticamente -al menos por ahora- el tiempo de duplicación de casos de COVID-19 (cfr. DNU 459/2020, conforme el cual habría pasado de 3,3 días a 25 días), encontrándose además el Congreso en condiciones de sesionar virtualmente, esas razones ya no se verificarían y no podrían justificar nuevas “prórrogas” unilaterales de necesidad y urgencia. No olvidemos que a fines de diciembre pasado el Congreso demoró sólo seis días en sancionar la extensa ley 27.541 de emergencia pública.

Puede ser que lo peor esté por venir, no pretendo minimizar la gravedad de esta pandemia, ni mucho menos. Si algo parece haber logrado la denominada cuarentena es demorar el aparentemente inevitable pico en la curva de contagios y mitigar su impacto en el sistema sanitario. Pero llegado ese momento, e incluso antes, ahora, una vez atravesada la fase inicial y adoptadas las primeras medidas de excepción, las herramientas para paliar sus consecuencias han de ser adoptadas por los mecanismos institucionales ordinarios previstos en la Constitución: deben ser dispuestas aun mediante sesiones remotas por el Congreso de la Nación (eventualmente a instancia de proyectos presentados por el propio presidente) que garanticen el cumplimiento de los requisitos mínimos e indispensables para la formación y sanción de las leyes, ejecutadas fielmente por el Poder Ejecutivo y controladas con firmeza en su razonabilidad por un Poder Judicial que debe volver a abrir sus puertas.

La República es un sistema complejo que, en algún sentido, funciona como el cuerpo humano: ante la ruptura de su equilibrio, reacciona y busca mediante sus componentes adaptarse a uno nuevo que tienda al ideal. Los DNUs y la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo deberían funcionar así, como mecanismos que permitan alcanzar la estabilidad en esas circunstancias de excepción. Pero, para cumplir ese objetivo, es necesario que los restantes elementos que la componen funcionen dentro del marco de sus capacidades y atribuciones. De lo contrario, el objetivo no se logra y el desequilibrio no sólo daña al sistema, sino fundamentalmente a las personas, que son su centro y eje. Por ello es tan necesario que, en las actuales circunstancias, los Poderes Legislativo y Judicial asuman con responsabilidad las funciones atribuidas por la Constitución nacional.

Tenemos que ser conscientes de que -pese a la protección que Alberdi y los padres de la Constitución se esmeraron en consagrar- el peligro que representa una República inmunodeprimida es grave e importa un riesgo cierto para las instituciones que puede ser muy caro en términos de derechos y libertades constitucionales.

(\*) Columna de opinión originalmente publicada en el blog jurídico <http://endisidencia.com/2020/05/una-republica-inmunodeprimida/> el 23-05-2020.